



**Función Pública**

## Concepto 87041 de 2015 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20156000087041\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000087041

Fecha: 22/05/2015 04:59:21 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia. EMPLEOS. Provisión. Por reintegro de empleado con calidad de provisional ordenado por fallo judicial. Radicación No. 20152060083642 del 4 de mayo de 2015.

En atención a la comunicación de la referencia, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

PLANTEAMIENTO JURIDICO.

¿Cómo se debe proceder en relación al cumplimiento de una sentencia que ordena el reintegro de un funcionario con vinculación en provisionalidad en un cargo igual o equivalente al que se ostentaba al momento del retiro?

FUENTES FORMALES

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, art. 189

Decreto [1746](#) de 2006, art. 1°

Ley [909](#) de 2004,

Decreto [1227](#) de 2005, art. 10

Corte Constitucional Sentencia [T-1022](#) del 17 de septiembre de 2008

Decreto 1894 de 2012

ANÁLISIS

El artículo 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece:

*“Art. 189.- Efectos de la sentencia.*

*(...)*

*La sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor.*

*Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley (...).”*

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil, señala:

*“ARTÍCULO 331. Ejecutoria. Las providencias quedan ejecutoriadas y son firmes tres días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos. No obstante, en caso de que se pida aclaración o complementación de una providencia, su firmeza sólo se producirá una vez ejecutoriada la que la resuelva. (...).”* (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con las anteriores disposiciones, es claro que las sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas son de obligatorio cumplimiento.

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto radicado con el No. 1302, Consejero Ponente: Augusto Trejos Jaramillo, de fecha 12 de 2000, señaló sobre el acatamiento a las decisiones judiciales lo siguiente:

*“La Sala se ha pronunciado sobre el particular, destacando que si bien las sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas son de obligatorio cumplimiento, cuando se ordena el reintegro a un cargo debe efectuarse dentro de unos márgenes de equivalencia entre el que se desempeñaba al momento del retiro y aquél en el cual pueda hacerse efectivo. De manera que el reintegro debe cumplirse en la misma entidad, con equivalente ubicación y funciones similares a las desempeñadas por el trabajador al momento de la supresión del cargo, para que no resulte desmejorado en sus condiciones laborales.”* (Subrayado fuera de texto)

En criterio de esta Dirección la entidad tiene la obligación de dar cumplimiento a la sentencia judicial en los términos indicados en el fallo, pues la misma tiene origen en el restablecimiento del derecho de un ex empleado decretado por la autoridad judicial competente.

En consecuencia, de manera general la Administración deberá proceder al reintegro del empleado en el mismo empleo o en otro equivalente, o de superior categoría que se encuentre vacante; en las mismas condiciones laborales y con los mismos derechos en que se encontraba al momento en que fue retirado del servicio, atendiendo los términos de la respectiva providencia judicial.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que de conformidad con el artículo 1° del Decreto 1746 de 2006,

*“se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente”,*

Lo que permite que el reintegro se dé no sólo en el empleo igual sino en uno equivalente, conforme a los siguientes parámetros indicados en la norma:

- Deben tener asignadas funciones iguales o similares,
- Para su desempeño se exigen requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y
- Deben tener una asignación básica mensual igual o superior. En ningún caso la diferencia salarial debe superar los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.
- Con el propósito de establecer si se exigen requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares, se hace necesario consultar los requisitos exigidos para los cargos en el Manual de Funciones y Requisitos respectivo. Finalmente, debe establecer si los empleos tienen una asignación básica mensual igual o superior al empleo suprimido.

Por lo tanto, si una vez confrontada la planta de personal, se encuentra que no existe empleo igual o equivalente que permita dar cumplimiento a la sentencia que ordena el reintegro, se considera necesario estudiar la posibilidad de crear el empleo, y en caso de contar con vacantes, realizar el estudio técnico para determinar la pertinencia de suprimir una vacante definitiva para crear el empleo, atendiendo a las necesidades de la entidad.

En ese sentido, la entidad deberá adelantar los trámites necesarios para modificar la planta de personal, contar con la disponibilidad presupuestal para la nueva vinculación y crear los empleos que sean necesarios para el cumplimiento del fallo judicial, y tan pronto se cuente con el empleo en la planta de personal, comunicarle al empleado que ha sido reintegrado al empleo equivalente al cargo que desempeñaba con anterioridad a su retiro, en atención a la orden judicial debidamente ejecutoriada.

2.- Ahora bien, si la entidad cuenta con un empleo que se encuentra provisto temporalmente con un empleado nombrado en la modalidad provisional, con el cual pueda dar cumplimiento al fallo judicial, es importante tener en cuenta lo siguiente:

La Ley 909 de 2004 establece la procedencia de los nombramientos provisionales en el artículo 25, así:

*“ARTÍCULO 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.”*

Con respecto a la terminación del nombramiento provisional, el Decreto 1227 de 2005, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998, señala:

*“ARTÍCULO 10. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.”*

Este Departamento Administrativo ha venido conceptuando que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive.

La normatividad citada está ajustada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>1</sup>, en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción.

Así lo expresó en Sentencia T-1022 del 17 de septiembre de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla:

*“3. Necesidad de motivar los actos administrativos que dan por terminado un nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera. Reiteración de jurisprudencia.*

(...)

*Por la pertinencia para el caso objeto de análisis, resulta adecuado hacer referencia a los planteamientos contenidos en la sentencia T-464 de junio 12 de 2007, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, donde esta misma Sala de Revisión señaló en los siguientes términos los postulados básicos de la referida línea jurisprudencial:*

*“En primer lugar, y de manera general, la Corte ha señalado que los derechos propios de los empleos de carrera administrativa, y particularmente la estabilidad laboral que los caracteriza, no se ve reducida por el hecho de ocupar uno de tales empleos bajo la figura de un nombramiento provisional. En este sentido, esta corporación ha sido contraria a la postura que suele equiparar la situación de quienes ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, con la de quienes desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción, posición que, como es conocido, es esencialmente disponible.*

*En segundo término, y en lo que hace relación con la procedencia de la tutela para ventilar este tipo de situaciones, ha resaltado la Corte que la estabilidad laboral no tiene el carácter de derecho fundamental. Esta consideración, unida a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como específico medio de defensa judicial para controvertir la legalidad de los actos administrativos que decreten una insubsistencia, sustentan la postura jurisprudencial de esta Corte en el sentido de que, por regla general, la acción de tutela es improcedente para procurar el reintegro del funcionario cuyo nombramiento ha sido declarado insubsistente, al cargo que ocupaba con anterioridad a dicha declaración.”*

*Al tenor de estas consideraciones, también ha sostenido la Corte Constitucional que la acción de tutela resulta procedente para solicitar la completa expresión de los motivos que sustentan la terminación o la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento de carrera, cuando quiera que el nominador que la expide no los exprese de manera espontánea y suficiente, en consideración a que no se trata de controvertir la validez o legalidad del acto administrativo en cuestión, para lo cual existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sino de una circunstancia que se relaciona con el debido proceso administrativo, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política...”*

En consecuencia, la terminación de nombramientos provisionales para dar cumplimiento a los fallos judiciales que ordenan el reintegro de ex servidores públicos, en los cargos en la planta de personal que se encuentran provistos con personal nombrado en la modalidad de provisional, debe efectuarse mediante resolución motivada, así el empleado provisional se encuentre en incapacidad; la situación de la incapacidad no le otorga al servidor algún fuero o condición especial que impida su retiro, toda vez que continúa ostentando la calidad de empleado público y durante dicha situación subsiste su vinculación laboral.

Ahora bien, si revisada la planta de personal se encuentra más de un empleo que resultan ser iguales o equivalentes al cargo por proveer por orden judicial, con el fin de retirar a uno de estos provisionales resulta necesario tener en cuenta el orden de protección consagrado en el Decreto 1894 de 2012, *“Por el cual se modifican los artículos 7° y 33 del Decreto 1227 de 2005”*.

En consecuencia, establece el Decreto sobre el orden de protección:

*“ARTÍCULO 1°. Modifícase el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005, el cual quedará así:*

"ARTÍCULO 7°. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

- 7.1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.
- 7.2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
- 7.3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
- 7.4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

PARÁGRAFO 1. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la ley 909 de 2004.

PARÁGRAFO 2. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.
2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
3. Ostentar la condición de pre-pensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical".

ARTÍCULO 3°. El presente decreto rige a partir de su publicación y modifica en lo pertinente los artículos 7° y 33 del decreto 1227 de 2005."

En consecuencia, considera esta Dirección Jurídica, que tratándose del retiro de funcionarios provisionales como consecuencia de un fallo judicial que decide el reintegro de un funcionario deberá efectuar el análisis pertinente con el fin de retirar del servicio, de forma preferente, al provisional que no se encuentre en ninguna de las causales relacionadas en el parágrafo 2° del artículo 1° del Decreto 1894 de 2012.

CONCLUSIONES:

- La entidad tiene la obligación de dar cumplimiento a la sentencia judicial, pues la misma tiene origen en el restablecimiento del derecho de un ex empleado decretado por la autoridad judicial competente.

- La Administración deberá proceder al reintegro del empleado en el mismo empleo o en otro equivalente, o de superior categoría que se encuentre vacante; en las mismas condiciones y con los mismos derechos y condiciones laborales en que se encontraba al momento en que fue retirado del servicio, atendiendo los términos de la respectiva providencia judicial.

- Si una vez confrontada la planta de personal, se encuentra que no existe empleo igual o equivalente que permita dar cumplimiento a la sentencia que ordena el reintegro, se considera necesario estudiar la posibilidad de crear el empleo, y en caso de contar con vacantes, realizar el estudio técnico para determinar la pertinencia de suprimir una vacante definitiva para crear el empleo, atendiendo a las necesidades de la entidad.

- En ese sentido, la entidad deberá adelantar los trámites necesarios para modificar la planta de personal, contar con la disponibilidad presupuestal para la nueva vinculación y crear los empleos que sean necesarios para el cumplimiento del fallo judicial, y tan pronto se cuente con el empleo en la planta de personal, comunicarle al empleado que ha sido reintegrado al empleo equivalente al cargo que desempeñaba con anterioridad a su retiro, en atención a la orden judicial debidamente ejecutoriada.

- El retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive. La normatividad citada está ajustada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción.

- Tratándose del retiro de funcionarios provisionales como consecuencia de un fallo judicial que decide el reintegro de un funcionario deberá efectuar el análisis pertinente con el fin de retirar del servicio, de forma preferente, al provisional que no se encuentre en ninguna de las causales relacionadas en el parágrafo 2° del artículo 1° del Decreto 1894 de 2012.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

<sup>1</sup>Ver entre otras las sentencias, la SU-250 de mayo 26 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-884 de octubre 17 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1011 de octubre 29 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-951 de octubre 7 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1240 del 9 de diciembre de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil ;T-031 de enero 21 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-257 de marzo 30 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-432 de junio 1° de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra

<sup>2</sup>Ver entre otras las sentencias, la SU-250 de mayo 26 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-884 de octubre 17 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1011 de octubre 29 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-951 de octubre 7 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy

Cabra; T-1240 del 9 de diciembre de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil ;T-031 de enero 21 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-257 de marzo 30 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-432 de junio 1° de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

RMM/JFCA

600.4.8.

---

Fecha y hora de creación: 2025-08-02 15:55:09